

論 説

合衆国憲法修正第1条にいう「国教樹立禁止」 条項に関する司法審査基準のアーリーナ ——Lemon テスト、Endorsement テスト、 Coercion テストの位相——

神 尾 将 紀

- I. はじめに
- II. Lemon テスト
 - A. グランド・ディザイン
 - B. マルチファンクション
 - C. リフォーミュレーション
- III. Endorsement テスト
 - A. モディフィケーション
 - B. パラレル
 - C. ターニング・ポイント
- IV. Coercion テスト
 - A. アタック
 - B. コモン・グラウンド
 - C. ユースレス
- V. おわりに

I. はじめに

合衆国最高裁判所は、現在までのところ、合衆国憲法修正第1条にいう
国教樹立禁止条項 (Establishment Clause)⁽¹⁾ に関する司法審査基準として、
少なくとも、3つのテスト、すなわち、いわゆる Lemon テスト⁽²⁾、
Endorsement テスト⁽³⁾、Coercion テスト⁽⁴⁾を提示し、並存させている。とり
わけ、2000年の Santa Fe Independent School District v. Doe⁽⁶⁾において
は、かかる3つのテストすべてが重層的に適用された。⁽⁷⁾

かくして、本稿は、国教樹立禁止条項に関する司法審査基準の現状を明らかにするべく、かかる3つのテストの動態を跡づけ、それぞれの意義と射程を分析し、それらの相互関係を検証する。

II. Lemon テスト

A. グランド・ディザイン

合衆国最高裁判所は、1947年の *Everson v. Board of Education* ⁽⁸⁾ において、国教樹立禁止条項を初めて本格的に解釈し、政府に対して、ある宗教と別の宗教との間だけではなく、宗教と非宗教（世俗）との間での「中立性（neutrality）」までも要求する、⁽¹⁰⁾ という点で幅広い法理を、また、国家（政府）と教会（宗教）の「分離（separation）」を要求する、⁽¹¹⁾ という点で厳格な法理を宣明した。⁽¹²⁾ そして、1971年の *Lemon v. Kurtzman* ⁽¹³⁾ は、*Everson* 判決の法理を具現化するべく、*Everson* 判決から *Lemon* 判決までの諸判決によって明らかにされた国教樹立禁止条項に関する「累積的な基準」⁽¹⁵⁾ として、「当該法律は、[1] 世俗的な立法目的（secular legislative purpose）を有するものでなければならず、[2] その主要な効果（principal or primary effect）が宗教を促進する（advanc[e]）ことも阻害する（inhibi[t]）こともないものでなければならず、[3] 政府と宗教の過度な関与（excessive government entanglement with religion）を創出するものであってはならない」という3つのプロングから成る *Lemon* テストと呼称される司法審査基準を定式化するに至った。⁽¹⁷⁾

かのように国教樹立禁止条項に関する一般的な司法審査基準として定式化された *Lemon* テストは、そのオリジナルな定式からして、違憲主張された法律について、第2プロングにおいて、宗教を促進ないし阻害する“主要な”効果を、また、第3プロングにおいて、政府と宗教の“過度な”関与を、それぞれ問う、⁽¹⁸⁾ という点で、そこでの合憲性判断が「程度問題」⁽¹⁹⁾ であることを所与の前提としている。さらに、*Lemon* 判決以後の諸判決

によって、第1プロングにおいてでさえも、当該法律は、「明白な (clear)」世俗的目的を有するものであるか否か、逆説的に言えば、「顕著な (preeminent)」宗教的目的——宗教を促進する目的——を有するものであるか否かが問われる、ということが確立されている。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾⁽²²⁾

かくして、Lemon テストは、しばしば、「指針 (guideline)」ないし「道標 (signpost)」に過ぎないものと特徴づけられてきたが、⁽²³⁾ともあれ、その大枠において、当該法律ないし政府行為は、(1)宗教 (特定の宗教ないし宗教一般) を促進する目的を有するものであるか否か (「目的」プロング)、(2)そうする主要な効果を有するものであるか否か (「効果」プロング)、(3)政府と宗教の過度な関与を創出するものであるか否か (「関与」プロング)、という3つのプロングのいずれかでもパスしないものと判断されるや否や、⁽²⁴⁾違憲とされるのである。⁽²⁵⁾

B. マルチファンクション

Lemon 判決以後の諸判決を瞥見すれば、Lemon テストの「目的」プロングと「効果」プロングは、「中立性」原則に仕えるべく、(1)「目的」プロングが、「形式的な中立性 (formal neutrality)」——“意図的に”宗教を促進する政府行為を禁止する⁽²⁶⁾——の要件として、また、(2)「効果」プロングが、「実質的な中立性 (substantive neutrality)」——たとえ意図的でないとしても、“実質的に”宗教を促進する政府行為を禁止する⁽²⁷⁾——の要件として、さらに、(3)「関与」プロングは、「分離」原則に仕えるべく、①「授権的な関与 (vesting entanglement)」——宗教団体に対する政府権限の授与⁽²⁸⁾——、②「行政的な関与 (administrative entanglement)」——政府当局と宗教機関の協働 (cooperation)、あるいは、政府当局による宗教機関に対する監督 (supervision)⁽²⁹⁾——、③「政治的な関与 (political entanglement)」——政府による宗教に基づく政治的対立 (political divisiveness)⁽³⁰⁾の誘発⁽³¹⁾——を禁止する要件として、それぞれ特化されてきた、⁽³²⁾ということが看取される。

かくして、(1)公立学校によって後援された——あるいは、公立学校それ自身による——宗教的活動（学校祈禱、宗教教育）に関する事例においては、たとえ何らかの世俗的目的が主張されようとも、かかる後援それ自体が、世俗よりも宗教を意図的に“優遇”する (favor) ものであるがために、⁽³³⁾「目的」プロングをパスしない、と判示されてきた。⁽³⁴⁾これに対して、(2)宗教学校（宗教系の初等・中等学校）に対する政府援助（資金援助、物的援助、人的援助）に関する事例においては、当該政府援助プログラムは、⁽³⁵⁾宗教学校における世俗教育を援助する、あるいは、宗教学校と世俗学校（公立学校ないし非宗教系の私立学校）を同様に援助対象とするものとして、⁽³⁶⁾「目的」プロングを容易にパスし得る、と一貫して判示されてきたが、宗教学校における宗教教育を実質的に“援助”する (aid) ものである限り、その名宛人が、宗教学校であれ、宗教学校に通学する子供ないしその親であれ、⁽³⁷⁾「効果」プロングをパスしない、あるいは、(3)②その執行にあたって、政府当局と宗教学校の協働を要する、もしくは、宗教学校において宗教教育に流用（利用）されないように政府当局による宗教学校に対する監督を要する場合、政府当局と宗教学校を過度に関与させるがために、⁽³⁸⁾または、(3)③市民間に宗教学校に対する政府援助の賛否をめぐる深刻な政治的対立を誘発させるがために、⁽³⁹⁾「関与」プロングをパスしない、と判示されてきた。⁽⁴⁰⁾

C. リフォーミュレーション

合衆国最高裁判所は、1980年代以降、とりわけ、宗教学校に対する政府援助に関する事例において、Lemon テストの実効力を徐々に切り崩していくが、その端緒は、公立学校ないし私立学校に通学する子供の親に対する授業料を含む教育費全般に関する所得控除プログラムが合憲とされた1983年の Mueller v. Allen⁽⁴¹⁾に見出される。すなわち、Mueller 判決における Rehnquist 裁判官による法廷意見（Burger 首席裁判官、White、Powell、O'Connor の各裁判官が同調）は、「形式的な中立性」の要件を前面

に押し出すべく、当該政府援助プログラムは、その形式として、親・子供
に対して宗教を考慮することなく援助を提供し、かかる個々の受益者が
「私的選択 (private choice)」によって世俗学校ないし宗教学校のいずれか
で援助を利用し得ることを担保するものである限り、その結果として、政
府援助が、いかに宗教学校に流入しようとも、あるいは、たとえ宗教教育
に流用されようとも、「効果」ブロングをパスし得る、⁽⁴²⁾という新たなアプ
ロウチを展開した。⁽⁴³⁾かのような「私的選択」のアプローチは、宗教学校に
流入し、宗教教育に流用される可能性のある——それどころか、実際に流
用される——政府援助を、“政府”ではなく、“私人”に起因するものと見
なすレトリックによって、⁽⁴⁴⁾「実質的な中立性」の要件に立脚する「効果」
ブロングの機能を著しく抑制するものであるが、⁽⁴⁵⁾最終的に、公立学校ない
し私立学校に通学する子供の親に対して授業料を補助する school
voucher プログラムが合憲とされた2002年の *Zelman v. Simmons-Harris*⁽⁴⁶⁾
における Rehnquist 首席裁判官による法廷意見 (O'Connor, Scalia, Ken-
nedy, Thomas の各裁判官が同調) は、Mueller 判決のリーズニングを推し
進めるべく、政府援助が宗教学校に提供される方法に着目し、Mueller 判
決のような「間接的な援助 (indirect aid)」——個々の受益者を介して
“間接的に” 宗教学校に提供される政府援助——と、「直接的な援助
(direct aid)」——政府から“直接的に” 宗教学校に提供される政府援助
——という2つのトラックに峻別した上で、⁽⁴⁷⁾少なくとも、「間接的な援助」
のトラックにおいては、当該政府援助プログラムは、「形式的な中立性」
と「私的選択」という2つの要件を充足するものである限り、およそ国教
樹立禁止条項に違反しない、⁽⁴⁸⁾という判例法理を確立するに至った。⁽⁴⁹⁾

かのように *Zelman* 判決によって色分けされた「直接的な援助」のトラ
ックにおいてでさえも、公立学校ないし私立学校に対して教員を派遣して
の補習授業プログラムが合憲とされた1997年の *Agostini v. Felton*、⁽⁵⁰⁾およ
び、公立学校ないし私立学校に対して教材・教育機器を貸与するプログラ
ムが合憲とされた2000年の *Mitchell v. Helms* は、⁽⁵¹⁾「私的選択」のアプロウ

チを援用することによって、「形式的な中立性」の要件への傾斜を加速させるべく、⁽⁵²⁾「実質的な中立性」の要件に依拠する先例を覆し、とりわけ、⁽⁵³⁾Agostini 判決における O'Connor 裁判官による法廷意見 (Rehnquist 首席裁判官、Scalia、Kennedy、Thomas の各裁判官が同調) は、「関与」プロングについて、「効果」プロングと矛盾する限りにおいて、もはや独立して機能するものではない——換言すれば、「授権的な関与」はともかく、「行政的な関与」は、およそ憲法上許容され得る——⁽⁵⁴⁾として、「関与」プロングを「効果」プロングの中に組み込むことによって、⁽⁵⁵⁾Lemon テストを「目的」と「効果」の 2 つのプロングから成る司法審査基準として再定式化⁽⁵⁶⁾し、また、Mitchell 判決における Thomas 裁判官による相対多数意見 (Rehnquist 首席裁判官、Scalia、Kennedy の各裁判官が同調) は、たとえ宗教学校に対する「直接的な援助」であろうとも、在学者の「頭割りで (per capita)」配分されるものである限り、「間接的な援助」と見なし得る、と判示して、⁽⁵⁷⁾「直接的な援助」のトラックを「間接的な援助」のそれと同定することによって、⁽⁵⁸⁾詰まるところ、当該政府援助プログラムは、その受益者——親・子供であれ、学校それ自体であれ——を画定するにあたって、「形式的な中立性」の要件を充足するものである限り、およそ合憲とされ得る、⁽⁵⁹⁾換言すれば、「効果」プロングの機能を「目的」プロングのそれと同定するほどまでに、⁽⁶⁰⁾Agostini 判決のリーズニングを推し進めようとした。⁽⁶¹⁾

かくして、いみじくも Souter 裁判官が、Agostini 判決における反対意見 (Stevens、Ginsburg、Breyer の各裁判官が同調)、⁽⁶²⁾Mitchell 判決における反対意見 (Stevens、Ginsburg の各裁判官が同調)、⁽⁶³⁾Zelman 判決における反対意見 (Stevens、Ginsburg、Breyer の各裁判官が同調)、⁽⁶⁴⁾の中で一貫して批判してきたように、合衆国最高裁判所は、国教樹立禁止条項の規範内容として、「実質的な中立性」の要件よりもむしろ「形式的な中立性」の要件を選好するべく、未だ Lemon テストを明示的に放棄するまでには至っていないが、⁽⁶⁵⁾Lemon テストを変質させ、⁽⁶⁶⁾緩和化させたのである。⁽⁶⁷⁾

III. Endorsement テスト

A. モディフィケーション

市当局による宗教的象徴物の展示 (crèche をクリスマスの飾り付けの中の1つとして公園に展示すること) が合憲とされた1984年の *Lynch v. Donnelly*⁽⁶⁸⁾において、O'Connor 裁判官による同意意見は、Lemon テストを「明晰化する」⁽⁶⁹⁾ものと称して、Endorsement テストと呼称される次のような司法審査基準を提唱した。すなわち、「Lemon テストの目的プロングは、政府の真の目的が、宗教を是認 (endorse) ないし否認 (disapprove) しようとするものか否かを審査 [し]、Lemon テストの効果プロングは、当該政府行為が、その真の目的にかかわらず、實際上、宗教の是認ないし否認のメッセージを [信仰者ないし非信仰者に] 伝達するものになっているか否かを審査する」⁽⁷⁰⁾ように修正されるべきである (そして、Lemon テストの「関与」プロングは、もはや独立して機能するものではない)⁽⁷¹⁾、⁽⁷²⁾という。

かのように O'Connor 裁判官によって提唱された Endorsement テストは、当該政府行為が、その目的と効果において——すなわち、故意であれ不意であれ——、宗教 (特定の宗教ないし宗教一般) を“優遇”⁽⁷³⁾することを禁止する、という限りで、Lemon テストと同様に、「中立性」原則に依拠するものであるが、⁽⁷⁴⁾とりわけ、「効果」プロングにおいて、当該政府行為の“実体”ではなく、当該政府行為によって伝達されるメッセージ——当該政府行為の“外観”⁽⁷⁵⁾——を重視するべく、「実質的な中立性」よりもむしろ、「象徴的な中立性 (symbolic neutrality)」——中立的に「見える (appear)」こと、あるいは、“感じられる (perceive)”こと——を志向する点で、Lemon テストと決定的に異なる。⁽⁷⁶⁾

B. パラレル

合衆国最高裁判所は、Lynch 判決以後、Lemon テストの「目的」プロングの機能と Endorsement テストの「目的」プロングのそれを同定することによって、あるいは、Lemon テストを補強するべく、⁽⁷⁷⁾ “実体的な” 効果の要素に加えて、Endorsement テストの「効果」プロングにいう “象徴的な” 効果の要素を Lemon テストの「効果」プロングに取り込むことによって、しばしば、Lemon テストと Endorsement テストを融合的に適用してきたが、⁽⁷⁸⁾ Lynch 判決と同様にカウンティ・市当局による宗教的象徴物の展示（クリスマス・シーズンに、crèche をカウンティ庁舎に単独で、menorah を市庁舎にクリスマス・ツリーと並べて、それぞれ展示すること）の合憲性が争われた1989年の County of Allegheny v. ACLU⁽⁸¹⁾において、Blackmun 裁判官による法廷意見（Brennan、Marshall、Stevens、O'Connor の各裁判官が同調）は、依然として Lemon テストを国教樹立禁止条項に関する適切な基準として認めつつ、⁽⁸²⁾ Lemon テストと両立し得る限りに⁽⁸³⁾ おいて、Endorsement テストを国教樹立禁止条項に関する第 2 の司法審査基準として明示的に採用した。⁽⁸⁴⁾

かくして、Endorsement テストは、少なくとも、宗教に対する “象徴的な” 利益の付与が争点とされる場合、すなわち、まさに Endorsement テストが俎上に載せられた Lynch 判決および Allegheny 判決によって示唆されるように、政府による——政府それ自身による、あるいは、政府によって後援された——宗教的表現に関する事例において、さらには、いわゆるパブリック・フォーラムにおける私人による宗教的表現に関する事例⁽⁸⁵⁾においては、有効である、と考えられる。⁽⁸⁶⁾ もっとも、翻って、そもそも Lemon テストが、Lynch 判決を端緒にして O'Connor 裁判官によって前面に押し出されたような、宗教に対する “象徴的な” 利益の付与までもカバーするものであった、⁽⁸⁷⁾ ということを想起するのならば、O'Connor 裁判官が主張するような、Endorsement テストによって Lemon テストそれ自体が修正されるべき必要性は、半減するであろう。⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾

いずれにせよ、一方で、O'Connor 裁判官が、「国教樹立禁止条項は、政府が、いかなる方法であれ、個人の宗教のいかんによって、当該政治的共同体における個人の地位に影響を及ぼすことを禁止する⁽⁹⁰⁾」ものであり、政府による宗教の是認は、「非信仰者に対して、当該政治的共同体の完全な構成員ではない部外者である、というメッセージを伝達する⁽⁹¹⁾」が故に、そして、その帰結として、「非信仰者の宗教的自由を侵害する⁽⁹²⁾」が故に、国教樹立禁止条項に違反する、と説明する限りにおいて、Endorsement テストは、理論的には、Lemon テスト以上に、非信仰者の宗教的自由を保障することに仕えるようにも考えられる⁽⁹³⁾。しかしながら、他方で、O'Connor 裁判官が強調するように、実際のところ、裁判所が、Endorsement テストの「効果」プロングの下で、政府による宗教の是認を審査するにあたって、実在する特定の個人、とりわけ、非信仰者の宗教的感情に訴えるのならば、あらゆる政府行為が違憲とされかねないことから、必然的に、「客観的な観察者 (objective observer)」ないし「合理的な観察者 (reasonable observer)⁽⁹⁴⁾」の視点から感じられ得る、すなわち、「仮想上の観察者 (hypothetical observer)」によって客観的・合理的に考えられ得る当該政府行為の意味に相対化しなければならない⁽⁹⁵⁾、ということは、まさに皮肉⁽⁹⁶⁾であり、もしそうであるのならば、結局のところ、Endorsement テストは、Lemon テストを凌駕するようなものではないであろう⁽⁹⁷⁾。

C. ターニング・ポイント

宗教学校に対する政府援助に関する領域における Lemon テストの緩和⁽⁹⁸⁾化は、「象徴的な中立性」に立脚する Endorsement テストの台頭と軌を同じくする。なぜならば、Agostini 判決以前のオリジナルな Lemon テストの「効果」プロングが、「実質的な中立性」の要件に応じて、とりわけ、政府による宗教に対する利益の“量”ないし“実体”を重視するものであったのに対して、Endorsement テストの「効果」プロングの下では、その“質”ないし“外観”に焦点が絞られることによって、当該政府行為

は、たとえ宗教を“促進”するような“実体的な”効果を有するものであろうとも、宗教を“是認”するような“象徴的な”効果を有するものでない限り、「効果」プロングをパスし得る⁽⁹⁹⁾、とされるからである⁽¹⁰⁰⁾。

かくして、O'Connor 裁判官は、Agostini 判決において、まずは、「形式的な中立性」と「私的選択」という 2 つの要件の組み合わせを援用することによって、Lemon テストの実効力を Endorsement テストと同等レベルにまで貶めることに成功したわけであるが、さらに、Mitchell 判決において、Lemon テストの機能を「形式的な中立性」の要件だけに局限しようとした Thomas 裁判官による相対多数意見に直面して、「象徴的な中立性」を選好するべく⁽¹⁰¹⁾、Endorsement テストの「効果」プロングの下では、「頭割りによる援助 (per-capita-aid)」プログラムは、もっぱら宗教を是認する効果を有さない「真の私的選択 (true private-choice)」プログラムとは違って、いやしくも宗教学校において当該政府援助の宗教教育への「実的な流用 (actual diversion)」が行われたのならば、政府による宗教教育に帰着し、宗教を是認する効果を有する、という歯止めをかけつつ⁽¹⁰²⁾、かかる相対多数意見から一線を画したことによって、「直接的な援助」と「間接的な援助」の二分論を浮上させ、その後、この二分論は、Zelman 判決によって追認されたことをもって、確立されるに至ったのである⁽¹⁰³⁾。

IV. Coercion テスト

A. アタック

Allegheny 判決において、Kennedy 裁判官による一部同意・一部反対意見 (Rehnquist 首席裁判官、White、Scalia の各裁判官が同調) は、crèche の展示と menorah の展示の双方とも合憲であると主張するべく、Lemon テストおよび Endorsement テストを、国教樹立禁止条項に関する司法審査基準として厳格なものであり過ぎる、という点で批判し、代替的なもの⁽¹⁰⁴⁾

として、Coercion テストと呼称される次のような司法審査基準を提唱した。すなわち、「政府は、個人に宗教を支援するよう、あるいは、宗教を実践するよう強制する (coerce) ことをしてはならない⁽¹¹⁰⁾」、従って、当該政府行為は、たとえ宗教を“促進”ないし“是認”するものであろうとも、宗教を“強制”するものでない限り、国教樹立禁止条項に違反しない、という⁽¹¹¹⁾。

かのように Kennedy 裁判官によって提唱された Coercion テストは、公立学校の卒業式での祈禱が違憲とされた1992年の Lee v. Weisman⁽¹¹²⁾において、Kennedy 裁判官による法廷意見 (Blackmun、Stevens、O'Connor、Souter の各裁判官が同調)⁽¹¹³⁾の中で採用されたが、かかる法廷意見は、本件の処理にあたっては、敢えて Lemon テストを適用しなくとも、Coercion テストを適用することで十分である、と判示するにとどまり、Lemon テストを放棄するまでには至らなかった⁽¹¹⁴⁾。この点、一方で、かかる法廷意見に同調した4人の裁判官が与した同意意見は、Coercion テストが国教樹立禁止条項に関する唯一の司法審査基準に据えられることを阻止するべく、Lemon テストないし Endorsement テストによって同じ結論をなぞり、他方で、Scalia 裁判官による反対意見 (Rehnquist 首席裁判官、White、Thomas の各裁判官が同調) は、Coercion テストの枠組を支持しつつも、当該祈禱が合憲であると主張するべく、Coercion テストの適用の仕方について異議を唱えた⁽¹¹⁵⁾。このようにして、Weisman 判決を契機に、Coercion テストは、Lemon テストおよび Endorsement テストに取って代わり得なかったけれども、それらと並立する国教樹立禁止条項に関する第3の司法審査基準として確立されたのである⁽¹¹⁶⁾。

Weisman 判決における Kennedy 裁判官による法廷意見は、Coercion テストを適用するにあたって、Scalia 裁判官による反対意見が主張したような「直接的な強制 (direct coercion)」——「法的強制 (legal coercion)⁽¹¹⁷⁾」——のみならず、「間接的な強制 (indirect coercion)」——「心理的強制 (psychological coercion)⁽¹¹⁸⁾」——までもカヴァーするべく、“強

制”の概念を広義に捉えることによって、Coercion テストの機能性を高めた。⁽¹¹⁹⁾なぜならば、そうすることによって初めて、Santa Fe 判決における Stevens 裁判官による法廷意見 (O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer の各裁判官が同調) は、たとえ学校対抗アメリカン・フットボール試合での祈禱であるとしても、また、たとえ生徒発意の (student-initiated)、あるいは、生徒主宰の (student-led) 祈禱であるとしても、かかる祈禱が公立学校によって後援されているものと認められる限り、Lemon テストおよび Endorsement テストのみならず、Coercion テスト⁽¹²¹⁾さえもパスしない、と判示し得たからである。

B. コモン・グラウンド

Coercion テストを選好する裁判官におよそ共通する観念は、国教樹立禁止条項の規範内容として、政府は、ある宗教を別の宗教よりも優遇しない限り、宗教を世俗よりも優遇し得る、と解釈する、いわゆる「特定宗教の優遇禁止論 (nonpreferentialism)」——「中立性」原則を、⁽¹²²⁾「宗派間での中立性 (denominational neutrality)」⁽¹²⁴⁾に局限すること——に見出される。従って、Coercion テストの下では、当該政府行為は、たとえ宗教を強制するものでないとしても、⁽¹²⁵⁾特定の宗教を優遇するものであるのならば、国教樹立禁止条項に違反する、逆説的に言えば、「非強制的な (noncoercive)」もので、かつ、「非宗派的な (nonsectarian)」ものである限り、たとえ意図的に宗教一般を促進ないし是認するものであろうとも、国教樹立禁止条項に違反しない、とされるのである。⁽¹²⁶⁾

ところで、合衆国最高裁判所は、Lemon テストが国教樹立禁止条項に関する支配的な司法審査基準であった時期に、本来ならば Lemon テスト——何よりもまず、「目的」プロング——をパスしないと考えられる政府行為⁽¹²⁷⁾を合憲としている。すなわち、1983年の Marsh v. Chambers⁽¹²⁷⁾における Burger 首席裁判官による法廷意見 (White, Blackmun, Powell, Rehnquist, O'Connor の各裁判官が同調) は、州議会の開会式での祈禱を合憲と

するにあたって、議会祈禱一般を、歴史的・伝統的に極めて特異な例外として、国教樹立禁止条項の埒外に追いやることによって、Lemon テストの適用を回避したのに引き続いて、翌年の Lynch 判決における Burger 首席裁判官による法廷意見 (White、Powell、Rehnquist、O'Connor の各裁判官が同調) は、市当局による crèche の展示を合憲とするにあたって、Lemon テストを適用しつつも、当該展示の目的および効果は、宗教を“促進”するものではなく、歴史的・伝統的に社会の中に遍在する宗教的要素を“認知”する (acknowledge) ものに過ぎない、と判示した⁽¹²⁸⁾。そして、まさに、Kennedy 裁判官は、Lemon テストから逸脱していた Marsh 判決および Lynch 判決のリーズニングを国教樹立禁止条項の枠組の中で再構成するべく、Lemon テストないし Endorsement テストの下では、⁽¹²⁹⁾ 非強制的かつ非宗派的な宗教的慣行が違憲とされかねない点を問題視し、⁽¹³⁰⁾ Allegheny 判決において、Coercion テストを提唱したのである⁽¹³¹⁾⁽¹³²⁾。

C. ユースレス

Coercion テストは、Weisman 判決および Santa Fe 判決によって示唆されるように、せいぜい、公立学校によって後援された宗教的活動に関する事例においてでしか実効的に機能し得ないであろう。⁽¹³³⁾

また、いやしくも Coercion テストを国教樹立禁止条項に関する唯一の司法審査基準として支持するのならば、国教樹立禁止条項は、政府が個人に宗教的行為をするよう強制することを禁止している、と解釈されることから、その反対解釈として、宗教の自由な実践条項は、政府が個人に宗教的行為をしないうよう強制することを禁止しているに過ぎない、と解釈され得るであろう。⁽¹³⁴⁾ しかしながら、表現の自由が、「表現する自由」のみならず、「表現しない自由」も保障するものとすれば、その類推解釈として、⁽¹³⁵⁾ 宗教の自由な実践条項は、「宗教を実践する自由」のみならず、「宗教を実践しない自由」も保障するものと解釈されるべきである以上、Coercion テストを選好する裁判官に従えば、国教樹立禁止条項は、ほとんど無力な⁽¹³⁶⁾

ものになる、すなわち、国教樹立禁止条項の規範内容は、文字通り、「国教の樹立」——国教会の創設——の禁止に局限されるに至るであろう。⁽¹³⁷⁾

いずれにせよ、宗教を“強制”する——直接的であれ間接的であれ——政府行為は、必然的に、宗教を“促進”ないし“是認”する政府行為となる以上、ひと度 Lemon テストないし Endorsement テストがそのような政府行為に適用されるのならば、Coercion テストは、もはや有意義に機能する余地はないのである。⁽¹³⁸⁾⁽¹⁴⁰⁾

V. おわりに

以上のように、Lemon テストは、目下のところ、依然として——たとえ変形されていようとも——維持されているが、特定の領域においては、Lemon テストよりもむしろ、Endorsement テストが適用されたり、もしくは、Coercion テストが適用されたり、または、それら 3 つのテストの中の 2 つ以上が混成的に適用されたりする、ということが確認された。

ともあれ、ある論者がいみじくも評するように、さしあたり、国教樹立禁止条項に関する「支配的な一般的法理は、…Lemon テストおよび Endorsement テストであ [り]、これらのテストは、同一のものではないが、本質的に重なり合う要素を含 [み]、それどころか、一体的な審査として結合し得るものである。この分析によれば、ある政府行為は、次のような 3 つの禁止のいずれかを破るのならば、国教樹立禁止条項に違反する。すなわち、[1] 政府は、宗教（特定の宗教であれ宗教一般であれ）を促進ないし是認する目的をもって行動してはなら [ず]、… [2] 当該政府行為は、そうする主要な効果を有するものであってはならない [が]、この第 2 の禁止は、促進ではなく是認という文言で表現される場合には、若干異なる意味——量的・実体的というよりもむしろ、質的・象徴的という意味——を帯 [び]、… [3] 当該政府行為は、政府と宗教の過度な関与を創出するものであってはならない [が]、この第 3 の禁止 [は]、…第

2の禁止の一部分として見なされている。そして、…Coercion〔テスト⁽¹⁴⁾は〕、補助的に機能する〕ものに過ぎない、ということである。

- (1) 筆者は、合衆国憲法修正第1条にいう宗教条項 (Religion Clauses) ——国教樹立禁止条項、および、それと一対を成して宗教的自由を保障するものとされる、宗教の自由な実践条項 (Free Exercise Clause) ——の総合的な研究を試みているが、本稿は、その一環として、国教樹立禁止条項に関する総論として位置づけられるものであり、各論については、順次、別稿において詳説することを予定している。なお、宗教の自由な実践条項に関する筆者による一連の研究については、see *infra* note 25.
- (2) See *infra* Part II.
- (3) See *infra* Part III.
- (4) See *infra* Part IV.
- (5) See DANIEL O. CONKLE, CONSTITUTIONAL LAW: THE RELIGION CLAUSES 113 (2003); see also STEVEN G. GEY, RELIGION AND THE STATE 237 (2001) (「下級裁判所 [レビュールでは]、合衆国最高裁判所における国教樹立禁止条項に関する判例法の現状をめぐって著しく混乱しており、しばしば、Lemon テストと同時に、その他のテストも適用する、というような状態にある」).
- (6) 530 U.S. 290 (2000). なお、Santa Fe 判決の判示内容については、see *infra* text accompanying note 121.
- (7) See CONKLE, *supra* note 5, at 124.
- (8) 330 U.S. 1 (1947).
- (9) See STEVEN H. SHIFFRIN & JESSE H. CHOPER, THE FIRST AMENDMENT: CASES—COMMENTS—QUESTIONS 644-45 (3d ed. 2001).
- (10) See *Everson*, 330 U.S. at 15, 18 (「[国教樹立禁止条項が意味するところによれば]、連邦政府も州も、1つの宗教を援助する、もしくは、すべての宗教を援助する、または、ある宗教を別の宗教よりも優遇する法律を制定してはならない」、 「[宗教条項] が要求するところによれば、政府は、宗教系団体と非宗教系団体との関係において中立的でなければなら [ず]、…政府権限は、宗教を優遇することも冷遇することもないように行使されなければならない」); see also Sch. Dist. v. Schempp, 374 U.S. 203, 225 (1963) (「[宗教条項] の命令によれば、政府は、宗教を援助することも阻害することもない、という中立性を厳格に維持しなければならない」).
- (11) See *Everson*, 330 U.S. at 16 (「国教樹立禁止条項は、国家と教会の分離の壁 (wall) を設けようと思図されたものであった」); see also Engel v. Vitale, 370 U.S. 421, 431 (1962) (「国教樹立禁止条項の本旨が依拠するところは、政府と宗教の結合は、政府を破滅させると同時に、宗教を墮落させる、という確信であった」).

- (12) See CONKLE, *supra* note 5, at 114.
- (13) 403 U.S. 602 (1971).
- (14) See Daniel O. Conkle, *Toward a General Theory of the Establishment Clause*, 82 NW. U. L. REV. 1113, 1125 (1988).
- (15) *Lemon*, 403 U.S. at 612 (quoting *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664, 668 (1970)) (「国教樹立禁止条項が防止しようと意図した主たる 3 つの害悪 [は]、『宗教的活動に対する政府による後援 (sponsorship)、財政支援 (financial support)、積極的な関与 (active involvement)』である。… [かかる害悪を防止するために] 当法廷が多年にわたって展開してきた累積的な基準 [として]、当法廷の諸判決から 3 つの基準が見出され得る」).
- (16) *Id.* at 612-13.
- (17) See THOMAS C. BERG, *THE STATE AND RELIGION IN A NUTSHELL* 30 (2d ed. 2004).
- (18) See MICHAEL W. McCONNELL ET AL., *RELIGION AND THE CONSTITUTION* 18-19, 474-75 (2002).
- (19) See *Lemon*, 403 U.S. at 614 (「これまでの当法廷の諸判決は、国家と教会の完全な分離を要求してはいない。すなわち、絶対的な意味での完全な分離は、不可能であ [り]、政府と宗教団体の何らかの関係は、不可避なのである。…従って、分離の境界線は、『壁』というよりもむしろ、あらゆる特定の関連状況に応じて変動し得る曖昧で不明瞭な柵 (barrier) である」); see also *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306, 314 (1952) (「[国家と教会の分離の] 問題は、憲法上の諸問題と同様に、程度問題である」).
- (20) See, e.g., *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 56 (1985) (「ある法律は、明白な世俗的目的を有するものでなければ、[目的プロングをパスしない]」); see also *id.* at 64 (Powell, J., concurring) (「当法廷は、「目的プロング」を、ある法律は、もっぱら世俗的目的を有するものでなければならぬ、という要件として解釈してはこなかった」).
- (21) See, e.g., *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578, 586-87, 590 (1987) (「当法廷は、原則として、政府による世俗的目的の主張に対して謙譲的な態度で臨むが、それは、かかる主張が、虚偽ではなく、真実のものと認められる限りである」、すなわち、「当法廷は、当該法律を制定する際の議会の顕著な宗教的目的に目をつぶる必要はない」); see also *id.* at 599 (Powell, J., concurring) (「[目的プロングにおいて]、ある法律を無効とするためには、ただ単に、宗教的目的が存在する、ということだけでは不十分であ [り]、宗教的目的は、支配的なものでなければならぬ」); cf. *infra* note 77 and accompanying text.
- (22) See Daniel O. Conkle, *Religious Purpose, Inerrancy, and the Establishment Clause*, 67 IND. L.J. 1, 3-4 (1991).
- (23) See *Wallace*, 472 U.S. at 112 (Rehnquist, J., dissenting) (「*Lemon* テスト [は]、単なる指針として、さらに、有益な指標に過ぎないものとして評されてきた

- [ように]、…当法廷は、Lemon テストによって、柔軟性を得る代わりに、明確性と予測可能性を失うことになった」]。
- (24) See, e.g., *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39, 40-41 (1980) (per curiam) (「ある法律は、[Lemon テストの] 3つの基準のいずれかでもパスしないのならば、国教樹立禁止条項の下で無効とされなければならない」)。
- (25) See CONKLE, *supra* note 5, at 117. この点、合衆国最高裁判所は、「中立性」原則を標榜するべく、Lemon テストの「効果」プロングの中に「促進」と「阻害」という反対概念を同時に包含させているが、実際のところ、宗教条項の機能を二分化し、一方で、国教樹立禁止条項が、宗教を「促進」する——宗教に利益 (benefit) を与える——政府行為を、他方で、宗教の自由な実践条項が、宗教を「阻害」する——宗教に負担 (burden) を課する——政府行為を、それぞれ禁止するものとして解釈してきた、という限りで、Lemon テストにいう「阻害」の概念は、無意味なものであると考えられる。See *id.* at 49-50, 116. なお、宗教の自由な実践条項に関する判例展開について詳しくは、拙稿「合衆国憲法修正第1条にいう『宗教の自由な実践』条項に関する司法審査基準の再定式化をめぐる(1)~(4・完)」早稲田大学大学院法研論集95号31頁、96号49頁 (2000年)、98号55頁、100号55頁 (2001年)、拙稿「アメリカにおける『信教の自由』の展望——Smith テストの理論と実際——」宗教法21号187頁 (2002年) 参照。
- (26) See *infra* text accompanying notes 33-34.
- (27) See *infra* text accompanying notes 35-37.
- (28) See *Larkin v. Grendel's Den, Inc.*, 459 U.S. 116, 126 (1982) (「当法廷は、本件において初めて、[関与プロングによって]、重大な政府権限を教会に授与する法律から生じる [政府と宗教の] 関与を審査する機会を得た」); see also *Bd. of Educ. v. Grumet*, 512 U.S. 687, 697 (1994) (plurality opinion) (quoting *Larkin*, 459 U.S. at 127) (「『政府の重大な裁量権限』を宗教団体に授与すること [は]、憲法上許容され得ないほどに政府と宗教を関与させる」)。
- (29) See *infra* text accompanying note 38.
- (30) See *infra* text accompanying note 39.
- (31) See LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* § 14-11, at 1227-30 (2d ed. 1988).
- (32) See Daniel O. Conkle, *The Path of American Religious Liberty: From the Original Theology to Formal Neutrality and an Uncertain Future*, 75 IND. L.J. 1, 16-17 (2000).
- (33) See cases cited *supra* notes 6, 20-21, 24.
- (34) See CONKLE, *supra* note 5, at 147-62. もっとも、公立学校のコンテキスト以外の、政府によって後援された——あるいは、政府それ自身による——宗教的活動(議会祈禱、宗教的象徴物の展示)に関する事例においては、「目的」プロングは、有意義に機能してはこなかった。See *infra* text accompanying notes 127-28. *But*

cf. case cited *infra* note 97.

- (35) 宗教学校に対する政府援助をめぐる国教樹立禁止条項に関する判例展開について詳しくは、拙稿「アメリカにおける宗教学校に対する政府援助に関する判例法理の新展開——スクール・ヴァウチャ合憲判決めぐって——」宗教法24号（2005年秋、発行予定）参照。

(36) See BERG, *supra* note 17, at 220-27.

- (37) See, e.g., Sch. Dist. v. Ball, 473 U.S. 373, 385-388, 392-94, 397 (1985) (quoting Wolman v. Walter, 433 U.S. 229, 250 (1977)) (「国教樹立禁止条項は、政府によって財政支援ないし後援された宗教教育を絶対的に禁止している。…[宗教学校に派遣された公立学校] 教員は、微妙に（あるいは、公然と）、[世俗] 教育を[宗教学校の] 環境に順応させてしまう可能性が高い。…従って、[当該プログラム] が宗教教育のために利用される、という実質的な危険 (substantial risk) がある」、また、「[Everson 判決] 以後の当法廷の諸判決は、直接的に宗教学校に対して税金を支給しようとする政府行為を無効としてきた。…さらに、当法廷は、現金支給 [の カテゴリ] の他に、公金が[宗教学校の] 世俗的活動を財政支援するために使用されるプログラムを2つのカテゴリに分類してきた。第1のカテゴリにおいては、当法廷が判示してきたように、宗教機関に対して間接的な (indirect)、副次的な (remote)、あるいは、付随的な (incidental) 利益を与えるあらゆる法律が、直ちに、[国教樹立禁止条項の下で] 無効とされるわけではない、ということが十分に確立されている。…第2のカテゴリに属する諸判決においては、当法廷は、国教樹立禁止条項の下で、『宗教学校の宗教的活動を直接的 (direct)・実質的 (substantial) に促進する』援助形式を禁止してきた [が、そこでは]、…当該援助が、その形式として、直接的に宗教学校ではなく、親に対して提供されるもの [であれ]、直接的な現金支給ではなく、現物支給によるもの [であれ]、そのような形式における相違は、かかるプログラムの効果が宗教学校に対する直接的な助成金の効果と区別され得ないものである限り、かかるプログラムを合憲とするのには不十分であった。…各事件において問われるべきことは、当該援助の効果が、『直接的・実質的な] ものであるか、あるいは、間接的・付随的なものであるかである」、すなわち、「当該プログラムは、宗教学校の世俗教育の実質的な部分を肩代わりするものである [のならば]、宗教学校の宗教的機能を助成することになるのである」); Meek v. Pittenger, 421 U.S. 349, 365-66 (1975) (「[宗教学校に対する] 実質的な量 (substantial amounts) の [援助] は、…必然的に、宗教学校の活動全体に対する援助となる [以上]、…たとえ完全に中立的・世俗的な教材・教育機器に限定されていようと、…国教樹立禁止条項に違反する」)。

- (38) See, e.g., Aguilar v. Felton, 473 U.S. 402, 409, 413 (1985) (「[宗教学校に派遣された公立学校教員による世俗教育が] 故意であれ不意であれ当該宗教学校の宗教教育に利用されることを予防するために役立つであろう [監督制度] は、…必然的に、効果 [プロング] とは異なる国教樹立禁止条項の懸念である、国家と教会の関

与を生じさせる。すなわち、宗教機関に対する政府援助は、たとえ宗教を促進する主要な効果を有するものではない場合でさえも、当該政府援助の執行における国家と教会の関与の故に、国教樹立禁止条項に違反し得るのである」、また、「当該教育プログラムを維持するために要する行政上の協働も、国家と教会を関与させ、国教樹立禁止条項の本旨を侵害する。すなわち、公立学校と宗教学校の職員は、…当該プログラムの執行から生じる諸問題を解決するために協働しなければならないのである」]; *Meek*, 421 U.S. at 366 n.16 (「国家と教会の過度な関与は、宗教的利用に容易に流用可能な教材・教育機器の使用を〔政府〕が監督しようとする措置から生じるであろう」)。

(39) *See, e.g., Lemon*, 403 U.S. at 622 (「宗教学校に対する政府援助は、〔その賛否をめぐって〕政治的活動を生じさせることが十分に予想される。…この点、宗教ラインに沿った政治的対立は、〔国教樹立禁止条項〕が防止しようとした主たる害悪の1つであった。すなわち、そのような政治的対立は、通常政治プロセスを脅かすのである」]; *Meek*, 421 U.S. at 372 (quoting *Comm. for Pub. Educ. & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756, 794 (1973)) (「〔当該法律〕は、宗教に対する援助をめぐる対立——『継続的な政治的対立という広い意味での〔政府と宗教〕の関与』——を生じさせる可能性が高い。…このような政治的な関与の可能性は、行政的な関与と合わせて、…〔当該法律〕が国教樹立禁止条項に違反するものと判示することを余儀なくさせる」)。もっとも、「政治的な関与」は、「授権的な関与」ないし「行政的な関与」とは違って、「単独では、その他の点で〔*Lemon* テスト〕をパスする法律を無効とし得るものではないが、無視すべきではない『警報 (warning signal)』である」という。*See Nyquist*, 413 U.S. at 798 (quoting *Lemon*, 403 U.S. at 625)。

(40) *See CONKLE, supra* note 5, at 173–82.

(41) 463 U.S. 388 (1983).

(42) *See id.* at 398–99 (「受益機関が宗教系か非宗教系か、あるいは、公立か私立かにかかわらず、一般的に利用可能な政府援助（例えば、奨学金）は、国教樹立禁止条項に違反しないであろう。…すなわち、広範な市民層に対して中立的に政府援助を提供するプログラムは、容易に、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を免れるのである。…また、〔当該プログラム〕は、政府援助がもつばら個々の親を介して宗教学校に流入している点で、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を免れた。…すなわち、親に対して提供される財政援助は、最終的には、その子供が通学する学校に対して直接的に提供される援助と同様の経済的効果を有する〔が〕、…〔当該学校にとって〕利用可能な公金は、個々の親の私的選択の総体的な結果に過ぎないのである」]; *see also Witters v. Wash. Dep't of Servs. for the Blind*, 474 U.S. 481, 490–91 (1986) (Powell, J., concurring) (「*Mueller* 判決によって明らかにされたように、宗教を考慮することなく画定された市民層に対して教育援助を提供する、という完全に中立的な政府プログラムは、宗教に対する援助が個々の受益者の私的選択

の結果である以上、Lemon テストの「効果プロング」をパスする。従って、Mueller 判決において、当法廷は、たとえ受益者の大部分が、宗教学校に通学する子供の親であっても、「当該プログラム」を合憲としたのである」。

(43) See BERG, *supra* note 17, at 236-43.

(44) See *Zobrest v. Catalina Foothills Sch. Dist.*, 509 U.S. 1, 10 (1993) (「[Mueller 判決と同様に]、当該法律は、親に学校を選択させる自由を与えることによって、[政府援助] がもっぱら個々の親の私的決定の結果として宗教学校において [提供される]、ということ担保するものである [以上]、…宗教学校における [政府援助の提供] は、政府の意思決定に起因するものとは考えられ得ない」)。

(45) See *Mueller*, 463 U.S. at 408, 411, 416-17 (Marshall, J., dissenting) (「当該財政援助の形式よりも、その実質的な効果の方が重要である」、すなわち、「初等・中等学校の授業料に関する一般的に利用可能な財政援助は、授業料を請求する学校の大部分が宗教学校である以上、主として、宗教教育を促進するであろう」、また、「本判決において初めて、宗教学校に対する財政支援は、宗教学校の世俗的機能に限定され、宗教教育を支援するよう利用されない、ということを前提とされないままに合憲とされた」)。

(46) 536 U.S. 639 (2002)。

(47) See *id.* at 649 (「当法廷の諸判決は、宗教学校に対して直接的に援助を提供する、という政府プログラムと、政府援助がもっぱら私人の真正かつ自律的な選択の結果として宗教学校に流入する、という真の私的選択プログラムとを一貫して区別してきた。当法廷の判例法は、直接的な援助プログラムの合憲性に関しては、ここ 20 年間で著しく変更されてきたのに対して、真の私的選択プログラムの合憲性に関しては、安定し、確立されたものとなっている」)。

(48) See *id.* at 652 (「ある政府援助プログラムは、[1] 宗教に関して中立的で、かつ、[2] 広範な市民層に対して直接的に援助を提供し、政府援助がもっぱらかかる市民の真正かつ自律的な私的選択の結果として宗教学校に流入する、というものである限り、容易に、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を免れる」); see also *id.* at 669 (O'Connor, J., concurring) (「[法廷意見によって判示されたように]、直接的にサービス提供者ではなく、受益者に対して援助を配分するプログラムが、宗教を促進ないし阻害する主要な効果を有するものであるか否かについての基本的な審査 [は]、… [1] 当該プログラムが、受益者ないしサービス提供者の宗教的立場を考慮しない、という中立的な方法で援助を提供するものであるか否か、[2] 間接的な援助の受益者が、宗教系団体ないし非宗教系団体の中から、かかる援助を注入する団体を決定するにあたって、真正な選択の機会を有するか否か、ということである」)。

(49) See CONKLE, *supra* note 5, at 183-88.

(50) 521 U.S. 203 (1997)。

(51) 530 U.S. 793 (2000)。

- (52) See *Agostini*, 521 U.S. at 231 (「当該援助は、宗教を優遇することも冷遇することもない、という中立的・世俗的な基準によって配分され、宗教的受益者か非宗教的受益者かにかかわらず利用可能なものである場合、…宗教を促進する効果を有する可能性が低い」); *Mitchell*, 530 U.S. at 816 (plurality opinion) (「学校に対する援助は、たとえ『直接的な援助』であろうとも、[受益者にとって] 中立的に利用可能なものであり、(文字通りであれ比喩的であれ) 当該援助を世俗学校にも自由に注入し得る多数の私人を介して宗教学校に流入するものである限り、政府による宗教の支援とはならない [い]」); see also *Grumet*, 512 U.S. at 715, 717-18 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment) (「私の考えでは、[信仰者と非信仰者の] 平等な扱い (equal treatment) は、極めて正当なアプロウチであり [り]、宗教条項は、…まさに、この点を規定するものである以上、極めて稀な場合を除いて、個人は、宗教を理由に、法的な権利・利益ないし義務に関して影響を受けることがあってはならない」、従って、「国教樹立禁止条項は、宗教、宗教的見解、信仰者、宗教学校に対する敵対を要求するものではない。… [国教樹立禁止条項に関する判例法の] 適切な軌道として私が考えるもの [は]、宗教に対する政府の敵対ではなく、公平 [である]」).
- (53) See *Agostini*, 521 U.S. at 235-36 (overruling *Ball and Aguilar*); *Mitchell*, 530 U.S. at 808, 835 (plurality opinion) (overruling *Meek and Wolman*); see also *Mitchell*, 530 U.S. at 837 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「私は、*Meek* 判決および *Wolman* 判決が覆されるべきである、という点では [相対多数意見] に賛成する」).
- (54) Cf. *Aguilar*, 473 U.S. at 429-30 (O'Connor, J., dissenting) (「*Lemon* テストの関与プロングは、[国家と教会の] 制度的な関与の審査に限定されるべきである。…すなわち、憲法解釈において、[政治的対立のような]、ある現象の可能性を推量することは不合理なのである。… [さらに]、国家と教会の極端な関与は、国教樹立禁止条項に基づいて違憲主張された法律の効果を審査するにあたって依然として問題とされ得る [が]、…ある法律は、国家と教会の継続的な協働を要すること、あるいは、公金が宗教を促進しないように担保するための政府による監督を要することだけを理由にして、無効とされるべきではない」); *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589, 615 (1988) (quoting *Aguilar*, 473 U.S. at 420 (Rehnquist, J., dissenting)) (「[効果プロングと関与プロング] は、“Catch-22” の議論を提起させる。すなわち、[効果プロングに基づいて] 当該援助が宗教を促進しないように担保するための監督それ自体が、[関与プロングに基づいて] 当該法律を無効とするのである」).
- (55) See *Agostini*, 521 U.S. at 232-33 (「当法廷は、… [Lemon 判決以来]、『効果』とは別個の要素として、関与を審査してきた [が]、…関与 [の審査] は、ある法律の効果を審査するための1つの側面として扱われるべきである」); see also *Mitchell*, 530 U.S. at 807 (plurality opinion) (「*Agostini* 判決において、当法廷は、宗教学校に対する政府援助の合憲性を審査するための *Lemon* [テスト] を修正して、

[目的と効果]の要素だけを審査するものとした」]。

(56) See JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW §§ 17.3-.4, at 1413-14, 1418-20, 1430-31, 1442-44 (7th ed. 2004).

(57) See *Mitchell*, 530 U.S. at 830-31 (plurality opinion) (「頭割りによる援助配分の仕組の故に、私的な意思決定が援助を方向づけ、また、当該プログラムの中立性の故に、かかる私的決定は自律的なものとなる。すなわち、まさに、生徒およびその親——政府ではなく——が、自己の学校選択によって、[当該援助]の受益者を決定づけるのである。…従って、[当該援助]は、私的選択によって[学校に対して]提供されるものである以上、たとえ『直接的な』援助として評されようとも、それは問題にはならない」]。

(58) See BERG, *supra* note 17, at 243-46.

(59) See *Mitchell*, 530 U.S. at 809-10 (plurality opinion) (「宗教的であれ、非宗教的であれ、あるいは、反宗教的であれ、あらゆる個人ないし団体が等しく政府援助の受益者となり得るのならば、[相対的な問題として]、特定の受益者による宗教教育は、政府に起因するものとは考えられないであろう。…換言すれば、政府が、何らかの正当な世俗的目的を促進するにあたって、宗教を考慮することなく、かかる世俗的目的を十分に促進するあらゆる個人ないし団体に対して同一条件で援助を提供する限り、宗教的受益者に提供される援助は、かかる世俗的目的を促進する効果を有するものと考えられる」]。

(60) See CONKLE, *supra* note 5, at 189-92.

(61) これに対して、O'Connor 裁判官が、*Mitchell* 判決における同意意見 (Breyer 裁判官が同調) の中で異議を唱えたことについて、see *infra* notes 104-05 and accompanying text.

(62) See *Agostini*, 521 U.S. at 253 (Souter, J., dissenting) (「[世俗と宗教の] 公平性 (evenhandedness) は、ある援助プログラムが [国教樹立禁止条項の] 審査をパスするための必要条件ではあるが、十分条件ではない。…すなわち、ある政府援助の仕組は、実質的に宗教を支援することに帰着するのならば、…その形式的な中立性だけでは、国教樹立禁止条項の審査をパスしない」]。

(63) See *Mitchell*, 530 U.S. at 900-01 (Souter, J., dissenting) (「相対多数意見は、[世俗と宗教の] 公平性に基づく中立性を、国教樹立禁止条項の下での学校援助の合憲性に関する唯一かつ十分なテストにしようとしている。…いやしくも相対多数意見にいう中立性のルールに従えば、あるプログラムは、宗教を考慮することなく受益者を画定していることによって、Lemon [テストの目的プロング] をパスするや否や、宗教を援助する憲法上許容され得ない効果を有するものではないと指定されることによって、[効果プロング] もパスするであろう」]。

(64) See *Zelman*, 536 U.S. at 688-89 (Souter, J., dissenting) (「[本判決] は、宗教学校に対する政府援助の実体は、憲法上重要ではない、と判示すると同時に、政府が援助を私人に提供する場合の中立性と、私人が援助を宗教学校に注入する際の私的

- 選択という基準を支持することによって、フォーマリズムの典型を呈している』).
- (65) See KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 1547 (15th ed. 2004).
- (66) See *Agostini*, 521 U.S. at 222-23, 234 (「当法廷は、[Ball 判決および] Aguilar 判決以後も、ある政府援助が国教樹立禁止条項に違反するか否かを審査するための一般的原则を変更してはいない。すなわち、当法廷は、政府が宗教を促進ないし阻害する目的をもって行動したか否か、…当該援助が宗教を促進ないし阻害する『効果』を有するものであるか否かを審査し続けている。しかしながら、当法廷は、Ball 判決および Aguilar 判決以後に、宗教に対する援助が憲法上許容され得ない効果を有するものであるか否かを審査するための基準については変更を加えた」、すなわち、「[宗教学校に対する] 政府援助が宗教を促進する効果を有するものであるか否かを審査するための現在の主たる3つの基準 [は、当該プログラム] が、[1] 政府による宗教教育に帰着するものではないこと、[2] 宗教を考慮して受益者を画定するものではないこと、[3] [政府と宗教の] 過度な関与を創出するものではないことである』).
- (67) See JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, FIRST AMENDMENT LAW IN A NUTSHELL 468-69 (3d ed. 2004).
- (68) 465 U.S. 668 (1984). なお、Lynch 判決の判示内容については、see *infra text* accompanying note 128.
- (69) *Lynch*, 465 U.S. at 689 (O'Connor, J., concurring); see also *Wallace*, 472 U.S. at 68-69 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「Lemon [テスト] は、[国教樹立禁止条項] の本旨を実現するべく、より有益なものになるように再考され、洗練されるべきである』).
- (70) *Lynch*, 465 U.S. at 690 (O'Connor, J., concurring).
- (71) See *supra* notes 54-55 and accompanying text.
- (72) See *Developments in the Law—Religion and the State*, 100 HARV. L. REV. 1606, 1647 (1987) [hereinafter *Developments*].
- (73) See *Wallace*, 472 U.S. at 70 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「Endorsement テストは、政府が、宗教一般ないし特定の宗教的信念が優遇されている、というメッセージを実際に伝達してしまうこと、あるいは、そのようなメッセージを伝達しようと意図することを禁止するものである』).
- (74) See, e.g., *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 846 (1995) (O'Connor, J., concurring) (quoting *Grumet*, 512 U.S. at 717 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment)) (「『宗教条項は、政府が、宗教を優遇することを禁止するものであるが、宗教を冷遇することを正当化するものではない』。中立性は、[当該政府行為の] 形式と効果において、国教樹立禁止条項が保障する要素の1つである』).
- (75) See *Lynch*, 465 U.S. at 692, 694 (O'Connor, J., concurring) (「crèche それ自

体の宗教的な意義、それどころか、その宗派的な意義は、当該環境によって中立化されるわけではないけれども、クリスマスの全体的な環境は、観察者が当該展示の目的として考えるかも知れない [宗教の是認のメッセージ] を打ち消す」、すなわち、「あらゆる政府行為は、個々具体的な環境の中で、宗教を是認ないし否認するものであるか否か審査されなければならない」]。

(76) See Steven D. Smith, *Symbols, Perceptions, and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test*, 86 MICH. L. REV. 266, 316-20 (1987). なお、Endorsement テストにいう“否認”の概念は、Lemon テストにいう“阻害”の概念に対応するものであるとすれば、それと同様に、宗教の自由な実践条項の領分に還元すべきであろう。See *supra* note 25.

(77) See, e.g., *Edwards*, 482 U.S. at 593-94 (「[当該法律] は、その主要な目的が特定の宗教的信念を促進することにある以上、宗教を是認するものであ[り]、…その主要な目的が特定の宗教教義を是認することにある以上、宗教を促進するものである」); cf. case cited *infra* note 97.

(78) See Smith, *supra* note 76, at 275.

(79) See, e.g., *Ball*, 473 U.S. at 390-92 (「[Lemon テストの] 効果審査の重大な関心の 1 つは、国家と教会の象徴的な結合によって、…自己の宗教的選択について、信仰者が是認されているものと感じると同時に、非信仰者が否認されているものと感じる、という可能性が十分にあるか否かにある。従って、…そのような [象徴的な] 効果——ある宗教的活動において政府と宗教が象徴的に結合していること——は、国教樹立禁止条項の下で許容され得ない効果の 1 つである」)。

(80) See CONKLE, *supra* note 5, at 119-20.

(81) 492 U.S. 573 (1989).

(82) See NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 56, § 17.3, at 1424-25.

(83) See *Allegheny*, 492 U.S. at 592-94 (「当法廷は、[Lemon 判決] 以後の諸判決において、宗教を促進する違憲とされるべき政府行為の定義を洗練してきた。すなわち、近年、当法廷は、国教樹立禁止条項に基づいて違憲主張された政府行為が宗教を『是認する』目的ないし効果を有するものであるか否かを特に注意深く審査してきたが、かかる懸念は、ずっと以前からすでに、国教樹立禁止条項に関する当法廷の判例法の中に存在するものであった。…キー・ワードが『是認』であれ『優遇』であれ『促進』であれ、本質的な原理は同じである。すなわち、国教樹立禁止条項は、最低限、政府が、宗教的信念に関して何らかの立場をとっているような外観を呈することを禁止している」)。

(84) See CONKLE, *supra* note 5, at 170. なお、*Allegheny* 判決においては、Endorsement テストの「効果」ブロングの下で、crèche の展示については、法廷意見によって違憲とされたが、menorah の展示については、相対多数意見 (O'Connor 裁判官が一部のみに同調) によって合憲とされた。この点、Brennan, Marshall, Stevens の 3 人の裁判官が与した一部同意・一部反対意見は、Lemon テストない

し Endorsement テストの「効果」ブロングの下で、crèche の展示と menorah の展示の双方とも違憲であると主張した。See Norman Dorsen & Thomas Viles, *The Lynch and Allegheny Religious Symbols Cases and the Decline of the Lemon Test*, in RELIGION AND AMERICAN LAW: AN ENCYCLOPEDIA 283, 287-88 (Paul Finkelman ed., 2000).

- (85) この点、Capitol Square Review & Advisory Board v. Pinette, 515 U.S. 753 (1995) において、Scalia 裁判官による相対多数意見 (Rehnquist 首席裁判官、Kennedy、Thomas の各裁判官が同調) が、Lynch 判決および Allegheny 判決のような政府による宗教的表現はともかく、パブリック・フォーラムにおける私人による宗教的表現については、そもそもパブリック・フォーラムが、世俗的であれ宗教的であれ、あらゆる私的な表現に対して平等に開かれたものである以上 (そして、そのようなものである限り)、国教樹立禁止条項に基づく合憲性の問題が生じる余地はまったくない、と判示したのに対して、O'Connor、Souter、Breyer の3人の裁判官が与した同意意見、および、Stevens、Ginsburg の2人の裁判官が与した反対意見は、それでもやはり、政府によって私的な宗教表現が是認されているような外観を呈する恐れがある以上、Endorsement テストが適用されるべきであり、そのような外観を呈する限りで、違憲となり得る、ということを示唆した。See CONKLE, *supra* note 5, at 171-72.

- (86) See DANIEL A. FARBER, THE FIRST AMENDMENT 284 (2d ed. 2003).

- (87) See, e.g., *Larkin*, 459 U.S. at 125-26 (「国家と教会が立法権を共同行使しているような外観を呈することだけでも、宗教に対して重大な象徴的な利益を与える[以上]、…宗教を促進する『主要な』効果を有するものとして見なされ得る」); see also *Pinette*, 515 U.S. at 790-91 (Souter, J., concurring in part and concurring in the judgment) (quoting *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 274 (1981)) (「当法廷は [かつて]、ある [州立] 大学の一般に開かれたフォーラムにおいて私的な宗教的言論を [大学当局が] 許可することが国教樹立禁止条項に違反するか否かを審査するにあたって、Lemon テストの効果ブロングに依拠 [し]、…当該フォーラムは、『政府による宗教ないし宗教的行為の是認を印象づける』ことはない、と判示した」).

- (88) See William P. Marshall, “We Know It When We See It”: The Supreme Court and Establishment, 59 S. CAL. L. REV. 495, 522-23 (1986).

- (89) See Conkle, *supra* note 14, at 1174 & n.238.

- (90) *Lynch*, 465 U.S. at 687 (O'Connor, J., concurring).

- (91) *Id.* at 688 (O'Connor, J., concurring).

- (92) *Wallace*, 472 U.S. at 70 (O'Connor, J., concurring in the judgment).

- (93) See *Developments*, *supra* note 72, at 1648-50; see also Smith, *supra* note 76, at 271 (「[O'Connor 裁判官のアプロウチによれば]、宗教を是認しているように見える法律は、たとえ宗教に対して実際に [実体的な] 利益を与えることがなかった

としても、違憲となるはずである」).

- (94) See *Wallace*, 472 U.S. at 76 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「[Endorsement テストの効果プロングの下で] 問われるべき問題は、当該法律の法文、立法経過、執行実態を知っている客観的な観察者が当該法律を政府による[宗教] の是認として感じるか否かである」); see also *Allegheny*, 492 U.S. at 620 (opinion of Blackmun, J.) (quoting *Witters*, 474 U.S. at 493 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment)) (「[クリスマス・ツリーおよび menorah の] 展示の効果の審査にあたっては、キリスト教ないしユダヤ教のどちらかの宗教を信仰している者の視点のみならず、どちらの宗教も信仰していない者の視点も考慮されなければならないが、やはり、かかる効果の合憲性については、『合理的な観察者』の基準によって審査されなければならない」).
- (95) See *Pinette*, 515 U.S. at 779-80 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment) (quoting *Lynch*, 465 U.S. at 690 (O'Connor, J., concurring); *TRIBE*, *supra* note 31, § 14-15, at 1293) (「[Endorsement テスト] の関心が当該政治的共同体の全体に向けられたものである以上、宗教の是認の審査は、特定の個人による感知とは無関係なものである、すなわち、特定の非信仰者を、自分自身が賛成しない信仰の象徴物を見る不快感から免れさせるようなものではない。…従って、私は、Endorsement テストは、知識の程度が当然に異なる個々の観察者による実際的な感知に焦点を置くべきものである、とは考えない。そのようなアプローチによれば、ある宗教的展示は、幾人かの通行人が政府による当該展示の是認を感じるや否や、排除されなければならない。私の考えでは、それよりもむしろ、Endorsement テストは、『当該共同体における当該政府言論の「客観的な」意味』を審査するための集団的な基準 (collective standard) である。…宗教の是認の審査が、すべての市民に共通しないほどの知識を有することを前提とされた仮想上の観察者による感知に基づいて行なわれなければならない、ということは、『合理的な非信仰者』による感知よりも、[宗教的] マジョリティによる感知を採用することではな [く]、…ただ単に、実在する市民に焦点を置くことに本質的に内在する困難を認めるに過ぎないことであ [り]、…まさにこの理由で、宗教の是認を審査するにあたっては、合理的な観察者は、当該共同体の歴史とコンテキストを知っている、ということを前提としなければならないのである」); cf. *Good News Club v. Milford Cent. Sch.*, 533 U.S. 98, 119 (2001) (「当法廷は、ある団体による[パブリック・フォーラムにおける] 宗教的活動が、観察者の中の最年少者の間違った感知であるかも知れないものに基づいて禁止され得る、というまるで敵対的な観察者の拒否権 (heckler's veto) を認めるかのように、国教樹立禁止条項の判例法を用いることはしない」).
- (96) See Jesse H. Choper, *The Endorsement Test: Its Status and Desirability*, 18 J.L. & Pol. 499, 510-35 (2002).
- (97) See *Developments*, *supra* note 72, at 1647-48. なお、カウンティ庁舎における

- 十戒の展示を違憲とした最近の *McCreary County v. ACLU*, 2005 U.S. LEXIS 5211 (June 27, 2005) において、Souter 裁判官による法廷意見 (Stevens, O'Connor, Ginsburg, Breyer の各裁判官が同調) は、Lemon テストないし Endorsement テストの「目的」ブロングの中にも、「客観的な観察者」ないし「合理的な観察者」の基準を組み込み、ある政府行為は、そのような観察者が“顕著な”宗教的目的を感じるや否や、違憲とされる、と判示した。See *id.* at *28-43.
- (98) See *supra* Part II.C.
- (99) See *Lynch*, 465 U.S. at 691-92 (O'Connor, J., concurring) (「政府による宗教の是認ないし否認の害悪に焦点を絞るよう適切に解釈された Lemon テストの効果ブロングの下では、ある政府行為は、たとえ主要な効果として実際に宗教を促進ないし阻害するものであろうとも、その理由だけで無効とされる必要がなくなる」); see also *Wallace*, 472 U.S. at 69-70 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「Endorsement テストは、[Lemon テストよりも] 有益である。…すなわち、たとえ世俗的利益を促進する法律であっても、しばしば、宗教的信念を促進ないし阻害する付随的な効果を、あるいは、そうする主要な効果さえも有する。いやしくもそのような法律がことごとく国教樹立禁止条項の下で無効とされるのならば、カオスが生じるであろう」)。
- (100) See CONKLE, *supra* note 5, at 118-19.
- (101) See *supra* note 52 and accompanying text.
- (102) See *Mitchell*, 530 U.S. at 845 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「[Agostini 判決において明らかにされた Lemon テストの効果ブロングの中の3つの] 基準によって同様に、[宗教学校に対する] 政府援助プログラムが宗教を是認するものであるか否かが審査され得る」); cf. *id.* at 900-01 (Souter, J., dissenting) (「[客観的な観察者によって] 感じられる政府による宗教の是認は、国教樹立禁止条項の下での重要な懸念の1つであるけれども、唯一のそれではない」)。
- (103) See *supra* note 59 and accompanying text.
- (104) See *Mitchell*, 530 U.S. at 838-39 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「私は、中立性が、国教樹立禁止条項に基づいて違憲主張された政府援助プログラムを合憲とする重要な理由の1つである、という限りで、相対多数意見に異論はない。…しかしながら、当法廷は、ある政府援助プログラムが、援助を中立的な基準によって配分している、という理由だけで、合憲性審査をパスする、とは決して判示してこなかった」); see also *Rosenberger*, 515 U.S. at 846-47 (O'Connor, J., concurring) (「国教樹立禁止条項に関する歴史と先例に照らせば、[中立性に加えて] もう1つの原則が知見される。すなわち、公金は、宗教的メッセージを是認するために利用されてはならない、ということである」)。
- (105) See *Mitchell*, 530 U.S. at 837, 842-43 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (quoting *Witters*, 474 U.S. at 493 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment)) (「相対多数意見は、[宗教学校に対する] 直接的な

援助と間接的な援助の区別を否定することによって、[直接的な援助に関して]、たとえ宗教学校によって世俗的な[政府]援助が宗教的使命を促進するために実際に流用されようとも、それは憲法上許容される、と判示している」が、「私は、Endorsement [テスト] の趣旨から、頭割りによる学校援助プログラムと真の私的選択プログラムとの区別は、重要なものである、と考える。すなわち、公衆の感知において、各学校に通学する生徒数に基づく宗教学校に対する直接的な援助の政府プログラムは、政府が個々の生徒に対して直接的に援助を配分し、かかる生徒が通学する宗教学校において当該援助を利用することを決定することとは有意義に異なる。前者においては、宗教学校が当該援助を生徒の宗教教育のために利用する場合、政府が宗教の是認のメッセージを伝達したものと合理的に考えられる。…反対に、[後者のように]、もっぱら多数の個人が世俗的な政府援助を宗教学校に注入することを自律的に決定したことによって、政府援助が当該学校の宗教的使命を支援する場合、『合理的な観察者は、政府それ自体が宗教的信念ないし行為を是認している、とは考えないであろう』」); *see also id.* at 847, 858 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (quoting *Agostini*, 521 U.S. at 223) ([「Agostini 判決において判示したように」、当法廷は、『宗教学校における[政府援助の提供]は、必然的に、憲法上許容され得ない効果として、政府によって後援された宗教教育に帰着する、あるいは、政府と宗教の象徴的な結合を生じさせる、という[Ball 判決]においてなされた仮定』を放棄した)、従って、「国教樹立禁止条項に基づいて違憲主張を提起する原告は、当該政府援助が宗教教育に帰着した、という証拠を提示しなければならない」). *But cf. id.* at 901, 904-08 (Souter, J., dissenting) ([「宗教に対する政府援助は、たとえ政府に起因するものと[客観的な観察者によって]考えられない場合であっても、納税者の良心の自由を侵害し、宗教を墮落させ、[政治的]対立を生じさせるであろう」、また、「[宗教学校においては、政府援助の宗教教育への]流用可能性(divertibility)の懸念が強まる。…従って、[Lemon 判決以後の]当法廷の諸判決は、ある政府援助プログラムは、たとえ実際の流用の証拠がなくとも、流用の『実質的な危険』があるだけで国教樹立禁止条項の下で無効とされる、と繰り返し判示してきた」]。

(106) See Alan Brownstein, *A Decent Respect for Religious Liberty and Religious Equality: Justice O'Connor's Interpretation of the Religion Clauses of the First Amendment*, 32 McGEORGE L. REV. 837, 862-65 (2001).

(107) See *supra* note 47 and accompanying text.

(108) See BERG, *supra* note 17, at 247-48.

(109) See *Allegheny*, 492 U.S. at 655-58 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) ([「Lemon テストの効果ブロング」は、不当にも、宗教に対する敵対を反映するものである。…[Lemon テストの効果ブロング]に内在する中立性の要件は、…政府と宗教のあらゆる関与を厳格に禁止するものであらう[か]、…国教樹立禁止条項は、政府に対して、ある程度、我が国の社会の中

- で宗教が果たす中心的な役割を認知し、受容することを許容している。…[宗教に対する政府の]中立性を実現するためには、宗教に対するあらゆる政府援助が禁止されなければならない、という虚構を支持することは、もはや困難である」); *see also* Bd. of Educ. v. Mergens, 496 U.S. 226, 261 (1990) (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment) ([「Endorsement テスト」]の字義的な適用は、名目上は、[宗教に対する]政府の中立性を呈するかも知れないが、実際上は、敵対を呈するであろう)]。
- (110) *Allegheny*, 492 U.S. at 659 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).
- (111) *See* Steven G. Gey, *Religious Coercion and the Establishment Clause*, 1994 U. ILL. L. REV. 463, 464, 491.
- (112) 505 U.S. 577 (1992).
- (113) *See id.* at 587 ([「国教樹立禁止条項」]の最低限の保障内容として、政府は、個人に宗教を支援するよう、あるいは、宗教を実践するよう強制することをしてはならない、ということは、議論の余地がない)]。
- (114) *See* NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 56, § 17.3, at 1425-26.
- (115) *See* Suzanna Sherry, *Lee v. Weisman: Paradox Redux*, 1992 SUP. CT. REV. 123, 131-33.
- (116) *See* CONKLE, *supra* note 5, at 124.
- (117) *See Weisman*, 505 U.S. at 640 (Scalia, J., dissenting) ([「国教樹立禁止条項によって禁止される」]強制とは、法律の効力、および、制裁の脅威によって、宗教的正統、および、宗教に対する財政支援を強制することであ[る]])。
- (118) *See id.* at 593-94 ([「心理学の研究においては、青少年は、しばしば、周囲に同調するようピア・プレッシャを受けやすい、と考えられている。…[従って、とりわけ、公立学校においては]、政府は、社会的圧力によってであれ、より直接的な手段によってであれ、宗教的正統を強制してはならない』)。
- (119) *See* Gey, *supra* note 111, at 497-510.
- (120) *See* Daniel O. Conkle, *Lemon Lives*, 43 CASE W. RES. L. REV. 865, 874-82 (1993).
- (121) *See* CONKLE, *supra* note 5, at 155-56.
- (122) *See, e.g., Wallace*, 472 U.S. at 106 (Rehnquist, J., dissenting) ([「国教樹立禁止条項は、宗派間での優遇を禁止したものであ[る]、…世俗と宗教との間での政府の中立性を要求したのではない」]); *see also* *Lamb's Chapel v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist.*, 508 U.S. 384, 400 (1993) (Scalia, J., concurring in the judgment) ([「宗教の自由な実践条項」]が『宗教一般』を優遇的に扱っている[の]にもかかわらず、国教樹立禁止条項」]が宗教一般の是認を禁止している、という観念は、実に奇妙である)]。
- (123) *See* McCONNELL ET AL., *supra* note 18, at 336.

- (124) See Douglas Laycock, “Noncoercive” Support for Religion: Another False Claim About the Establishment Clause, 26 VAL. U. L. REV. 37, 39 & n.17 (1991). もっとも、たとえ「特定宗派の優遇禁止論」を支持する裁判官であっても、宗教学校に対する政府援助に関する事例、および、パブリック・フォーラムにおける宗教的表現に関する事例においては、宗教を世俗よりも“優遇的な扱い”にし得るか否かではなく、宗教を世俗と“平等な扱い”にし得るか否かが争点とされるが故に、世俗と宗教の「形式的な中立性」の要件に訴えることで足りるのである。See *supra* Part II.C. and note 85.
- (125) See *Weisman*, 505 U.S. at 641 (Scalia, J., dissenting) (「[国教樹立禁止条項]は、政府による宗教の是認が、宗派的なものである場合には——たとえ法的強制がなかろうが、それどころか、『ピア・プレッシャ』による心理的強制さえもなかろうが——、かかる是認を無効とす[る]」).
- (126) See CONKLE, *supra* note 5, at 121.
- (127) 463 U.S. 783 (1983).
- (128) See BERG, *supra* note 17, at 198-202.
- (129) See *Weisman*, 505 U.S. at 597 (「[Marsh 判決における] 州議会の開会式は、成人が自由に出入りし得る雰囲気があり、… [Weisman 判決における] 生徒に出席を強制する可能性のある最も重要な学校行事の 1 つである [卒業式] とは全く異なる」); *Allegheny*, 492 U.S. at 664 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) (「crèche および menorah の展示によって伝達されるメッセージに反対する通行人は、かかる展示を自由に無視し得る」).
- (130) See *Marsh*, 463 U.S. at 793 n.14 (「[当該祈禱] は、非宗派的、ユダヤ・キリスト教的な (Judeo[-]Christian) もので、アメリカの市民宗教 (civil religion) の要素をもつものとして特徴づけ [られる]」); *Allegheny*, 492 U.S. at 665 n.4 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) (「クリスマス・シーズンのコンテキストにおける crèche および menorah の展示は、特定の宗派に対する優遇にはならない」). But see Douglas Laycock, “Nonpreferential” Aid to Religion: A False Claim About Original Intent, 27 WM. & MARY L. REV. 875, 920 (1986) (「あらゆる信仰に対して中立的な祈禱というものは、存在しない。…政府による宗教的象徴物の展示ないし宗教的儀式的挙行は、本質的に、特定宗派を優遇するものであり、大抵の場合、キリスト教を支援するものである」).
- (131) See *Allegheny*, 492 U.S. at 670 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) (「長年にわたる伝統を無効とするようなテストは、国教樹立禁止条項の適切な解釈になり得ない」).
- (132) See BERG, *supra* note 17, at 203-06. もっとも、O'Connor 裁判官は、「長年にわたる政府による宗教の認知の幾つかは、宗教の是認のメッセージを伝達するものではない。…すなわち、[議会祈禱のような] 慣行の『歴史性と遍在性』は、合理的な観察者が、国教樹立禁止条項に基づいて違憲主張された政府行為が宗教の是認の

メッセージを伝達するものであるか否かを判断するためのコンテキストの構成要素となる」として、Marsh 判決における議会祈禱は、たとえ Endorsement テストを適用しても合憲とされるものであった、と主張している。See *Allegheny*, 492 U.S. at 630 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment) (quoting *Lynch*, 465 U.S. at 693 (O'Connor, J., concurring)).

- (133) See BARRON & DIENES, *supra* note 67, at 446. この点、第9巡回区合衆国控訴裁判所は、“under God” という文言を含む「忠誠の誓い (Pledge of Allegiance)」(4 U.S.C. § 4) を公立学校において任意で斉唱することを規定する学校区規則について、Santa Fe 判決にならって、Lemon テスト、Endorsement テスト、Coercion テストの3つすべてを適用し、そのいずれもパスしない、と判示した。これに対して、合衆国最高裁判所がサーシオレイライを受理し、Stevens 裁判官による法廷意見 (Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer の各裁判官が同調) は、原告のスタンディングの欠如を理由に、原判決を破棄した。See *Newdow v. U.S. Cong.*, 292 F.3d 597 (9th Cir. 2002), *amended by* 328 F.3d 466 (9th Cir. 2003), *rev'd sub nom.* *Elk Grove Unified Sch. Dist. v. Newdow*, 124 S. Ct. 2301 (2004). なお、O'Connor 裁判官による同意意見は、原告のスタンディングを認めた上で、“under God” という文言が、時の経過によって、もはや宗教的意義を喪失した、いわゆる「儀礼的な神性 (ceremonial deism)」として見なされる以上、当該規則は、Endorsement テストおよび Coercion テストをパスする、と主張した。See *Newdow*, 124 S. Ct. at 2327 (O'Connor, J., concurring in the judgment); *see also Lynch*, 465 U.S. at 716 (Brennan, J., dissenting) (「“In God We Trust” を我が国のモットウとすること、あるいは、国旗に対する忠誠の誓いの中で God を引用することのような慣行は、まさに、機械的に復唱されてきたことによって宗教的意義を喪失してしまったが故に、…国教樹立禁止条項の審査をパスする儀礼的な神性の類の1つとして十分に理解され得るものである」).

- (134) See Michael Stokes Paulsen, *Lemon Is Dead*, 43 CASE W. RES. L. REV. 795, 843 n.171 (1993).

- (135) See *W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

- (136) See *Weisman*, 505 U.S. at 621 (Souter, J., concurring) (quoting *Allegheny*, 492 U.S. at 659 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part)) (「非信仰者に『宗教を支援するよう、あるいは、宗教を実践するよう』強制する法律は、そもそも、非信仰者の宗教の自由な実践の権利を侵害するものと考えられる」); *see also Allegheny*, 492 U.S. at 628 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment) (「いやしくも国教樹立禁止条項違反の必要不可欠な要素として、たとえ間接的な強制的立証であっても、強制的立証を要求するのならば、宗教の自由な実践条項は、余分なものとなるであろう」).

- (137) See FARBER, *supra* note 86, at 286.

- (138) See *Wallace*, 472 U.S. at 106 (Rehnquist, J., dissenting) (「国教樹立禁止条項

は、国教の樹立を禁止したものであつ [て]、…Everson 判決において憲法規範化されたような『分離の壁』を設けることを意図したものではない」).

(139) See *Weisman*, 505 U.S. at 604 (Blackmun, J., concurring) (「政府が宗教的活動をするよう圧力をかけることは、明らかに、政府が宗教を是認ないし促進している、ということを示す」).

(140) See CONKLE, *supra* note 5, at 124-25.

(141) *Id.* at 145-46.